« مدرسة الفقه القانونى الإجتماعى »
فى الولايات المتحدة الأمريكية

تأليف

عباس مبروك الغزيرى

مدرس بقسم تاريخ القانون وفلسفته

كلية الحقوق - جامعة المنوفية

هذا البحث نشر بالعدد العاشر الصادر فى
أكتوبر ١٩٩٦ بالمجلة القانونية والاقتصادية
التى تصدر عن كلية الحقوق جامعة
المنوفية وهى مجلة نصف سنوية محكمة

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى :

« قل لو كان البحر مداداً لكلمات ربى لنفذ البحر قبل أن تنفدْ كلمات ربى ، ولو جئنا بمثله مددا »

صدق الله العظيم

سورة الكهف آيه ١٠٩

- مقدمـــــه :-

اولا : موضوع البحث ومنهجه

ثانيا : - اهمية الدراســـــة

أولا : موضوع البحث ومنهجه

- تمهيـــــد :-

تنصب دراستنا فى هذا البحث على إحدى المدارس الفلسفية وليدة القرن العشرين فى الولايات المتحدة الأمريكيه ، ألا وهى مدرسة الفقه القانونى الإجتماعى ورؤيتها القضائيه . وحتى نحدد إطار بحثنا فإننا سنتعرض بإيجاز لفلسفه القانون بإعتبارها الإطار الذى من خلاله سنوضح موضوع بحثنا .

لقد إختلف الفلاسفه حول تعريفهم لفلسفه القانون ، والعلاقه بينها وبين العلوم الأخرى مثل علاقتها بعلم تاريخ القانون وعلم القانون المقارن ، والموضوعات التى يعالجها علم فلسفه القانون ، ولذلك سنتعرض لدراسة هذه النقاط على النحو التالى : -

(١) ماهية فلسفه القانون :

يقصد بفلسفه القانون ذلك النوع من العلوم الإنسانيه الذى يهتم بالقانون على وجه الخصوص ، ومن ثم فإنها ترتبط الى حد كبير بعلم أصـــول القانون ، وأسسه العامه أو علم الأصول المشتركه بين جميع

النظم القانونيه [١] .

- وإذا كان علم فلسفة القانون يعد الآن من العلوم الأساسية فى دراسة القانون ، فإن الفلاسفة [٢] قد اختلفوا حول مضمونه ومحتواه. إذ يرى البعض أن فلسفة القانون تنصب على عناصر فيما وراء القانون Méta - jurdique ، حيث تسعى إلى تحديد مبدأ سامى للعداله ، منه يأخذ القانون معناه ويكمن فيه وحدته ويحدد محتواه . ومن ثم فإن فلسفة القانون تهدف إلى الوصول إلى قانون يتحقق فيه الغايات النهائية للإنسان ، فى ضوء معطيات معينه تشتق من الطبيعة الإنسانية .

ويرى البعض الآخر أن فلسفة القانون تعد وسيلة لدراسة البعد الميتافيزيقى (الدينى) للقانون ، وذلك بتحديدها لفكرة العدالة وصلتها بالقانون ، وكيف أن القانون مجرد وسيلة لتحقيق سعادة الإنسان ورفاهيته فى إطار إحترام بعديه الدينى والإجتماعى ، أي بوصفه مخلوق ذى فطرة وبنيه وذات خصائص إجتماعيه .

ومن ناحيتنا نرى أن علم فلسفة القانون هو ذلك القسم من الفلسفه العامه التى يهتم بمجال القانون ، بإعتباره علم يهتم بدراسة الفلسفات القانونيه المختلفه دراسه انتقاديه تسمح لنا بإختيار النظم القانونيه التى تناسب ظروفنا ، وتحقق الرفاهيه والعداله للإنسان » .

---

(١) هناك من يرى وجود انفصال تام بين الفلسفة والقانون ، لأن ذلك يعد الطريق الوحيد لتشييد علم قانونى سليم .

أنظر فى هذا الخلاف : J.M.TRIGEAUD " Humanisme de la liberté et Philosophie de la justice " T.I.Bordeaux éd Biere . 1985. P.22 et s.

- J.M.TRIGEAUD op.cit . p. 11 .

(٢) علاقه فلسفة القانون بتاريخ القانون

تنصب دراسات تاريخ القانون على دراسة كيفيه نشأة كل نظام قانوني وتطوره ، والعوامل التى أدت إلى نشوئه وسيطرت فى مراحل تطوره . فهذا الفرع من العلوم الإنسانيه يساعد الباحث فى علم القانون على تفهم القاعده القانونيه على وجهها الصحيح ، إذا إنه لن يستطيع إدراك مغزاها إلا إذا رجع إلى أصولها التاريخيه وتقصى أصل نشأتها ثم تتبع تطورها الذى أدى بها إلى وضعها الأخير (١) .

لذلك فإن علم تاريخ القانون يعتبر بمثابة حقل التجارب الذى يمد فلسفة القانون بجميع التجارب التى مرت بها الإنسانيه منذ فجر الخليقة فى مختلف عصورها وعلى تباين بيئتها تاركا لها عملية فحص هذه التجارب الواسعه بوسائلها الخاصه ، وأن تستخلص منها نتائجها، وأن تستنبط من ذلك نظرتها العليا فى أسس القانون وكلياته (٢) .

(٣) علاقة فلسفة القانون بالقانون المقارن :

هذا العلم يهتم بالمقارنه بين الأنظمه القانونيه المختلفه ، ويضع على

---

(١) د. شفيق شحاته - تاريخ القانون المصرى - المطبعة العالمية ١٧٢١٦ - ش ضريح سعد بالقاهرة - ١٩٦٠ - ص ٣ .

(٢) د./ سليمان مرقس - محاضرات فى فلسفة القانون - جامعة عين شمس - كلية الحقوق - سنة ١٩٧١ ، ص ٤ - لدينا نسخه .

بساط البحث أمام رجل القانون حقلا واسعا للتجارب بطول البلاد وعرضها ، حيث يضرب فيه علم القانون المقارن بسهم وافر ، فيستخرج من مقارنة الشرائع بعضها ببعض نتائج تصلح لآن تبدأ منها فلسفة القانون دراستها لأصول القانون .

فهذا العلم يعتبر المرآه الصادقة للفلاسفه حيث يوضح لهم المدارس الفلسفيه القانونيه المختلفه والتى تتناثر فى ثناياه الأنظمه القانونيه المختلفه .

(ب) موضوعات فلسفة القانون :

إن فلسفة القانون تهتم بثلاث موضوعات أساسيه هى : -

أولا : الإهتمام بجوهر القانون (L,ontologie - juridique) وأصله ، ويقصد بأصل القانون ماهيته وأساسه وما يتكون منه . والبحث فى ذلك يتناول الفكره العامه الأساسيه فى تصور القانون ، وما إذا كان القانون ينبثق من ضمير الجماعه مباشره بدون تدخل لإرادة الإنسان ، أم أن لإرادته دخل فى نشأة هذا القانون،وما إذا كان نشوؤه ينتج من تفاعل عناصر مثاليه أم وقائع ماديه ، وما هى العناصر الهامه المشتركه بين جميع النظم القانونيه [١] .

ثانياً : هذا العلم يهدف إلى البحث فى غاية القانون عن القيم التى يسعى إلى تحقيقها فى الأنظمة المختلفة (L,axiologie juridque)

---

(١) د./ سليمان مرقص - المرجع السابق - ص ٤ .

. أى تحديد – على سبيل المثال – قيم العداله والأخلاق والقانون الطبيعى فى إطار علاقتهما بالقانون ، بالإضافة إلى تحقيق قيم أخرى كالحرية والتنسيق بين المصالح المختلفة فى المجتمع والأمن الجماعى والتقدم الحضارى ... الخ .

ثالثاً : – هذا العلم يهتم بمسألة البحث عن المنهج القانونى (Le méthodologie juridique) والتى يهتم بدوره بدراسة الترابط بين الأنظمه القانونيه المختلفه ، وبوجه عام تحديد الهيكل العام للبناء القانونى ، وبوجه خاص دراسة نظريتى التفسير ودور القاضى [١] .

(جـ) موضوع البحث :-

منذ زمن بعيد تتذبذب النظريات المختلفه فى فلسفة القانون بين فلسفتين رئيسيتين يعتبران بمثابة قطبى الفلسفه ، هما الفلسفه الميتافيزيقية [٢] – أى الجرى فيما وراء الطبيعه – والفلسفة الوضعيه التى

---

(١) د./ فايز محمد حسين – المرجع السابق – ص ٦ .

(٢) يعنى بالميتافيزيقا – البحث فيما وراء الطبيعة – إدراك الأسباب الأولية (القبلية) ، وأصل أو مصدر الأشياء . وهى تعنى بمشكلة طبيعة ووجود الإله ، فالميتافيزيقا المدرسية [نسبة الى « سكولا » – المدارس الفلسفية الشهيرة فى العصر الوسيط حيث سادت فلسفة أرسطو فى التدريس] للعصور الوسطى كانت تقصد بالميتافيزيقا خدمة الإله والبحث عن وجوده وطبيعته " La servante de la thélogie ".

وابتداءاً من المعرفة ، التى ظهرت بتولد وتطور العلوم الحديثة ، وبصفة خاصة الفيزياء والرياضيات ، أصبحت مشكلة الميتافيزيقا هى البحث عن وجود العالم

تنظر إلى القانون بإعتباره نتاجاً للواقع المادى الذى يتكون منه المجتمع – فالفيلسوف اذا تعب من الميتافيزيقا والتجريد فإنه يتجه إلى الواقع والتجريد وبالتالى نحو العمل والسلطة،وفى المنطقه الوسطى بين هذين الفلسفيتين الرئيستين يتخذ له جسورا يعبر عليها من إحداهما إلى الأخرى ، ويجد فوقها مواضع يتخذ له منها مواقف متوسطه متعدده متباينه بتعدد الظروف المختلفه وتباينها .

وإذا كانت الغلبة قد كتبت للوضعية القانونيه على إختلاف محاورها، فإن النظر إليها يختلف من دوله إلى أخرى ، ومن نظام إلى نظام ، فإذا كانت الوضعيه قد شهدت إزدهارها فى الأنظمه اللاتينيه ، وإشتهرت بقالبها الشكلى التى يحصر القانون فى مجموعة القواعد التى يضعها المشرع ، وتقييد سلطه القاضى فى التطبيق دون التشييد للقواعد

======

الخارجي ، فهى تبحث عن معرفة كيف أن خلق أرواحنا يمكنها أن تفسر حقيقة العالم ، هذه الفترة سادت منذ ديكارت حتى كانت . وأخيراً فإن الميتافيزيقا الحديثة [والتي بدأت من فيخت Fiehte ، وتوجد الآن عند هيدجر Heidegger] تهتم بالإنسان وتبحث عن طبيعته ووجوده : فهى لاتعالج الإنسان كروح ومعرفة ، ولكن باعتباره فاعلاً ، ومندمجاً فى العالم وفى التاريخ الإنسانى؛فمشكلة الإنسان هى إذن طبيعته العميقة وطبيعة وجوده وحريته) ، وعلاقاته مع الأغيار (أخلاقية – اجتماعية – اقتصادية) ومفهوم التاريخ الذى يجب أن يساهم فيه (ميتافيزيقا التاريخ)

- DIDIER-JULIA

أنظر فى هذا : - " Dictionnaire de la philosophie " - References Lorousse , 1988 . P. 174 - 175 .

القانونيه ، فإن رؤيتها فى الأنظمه الأنجلو أمريكيه لأصل القانون وغايته تختلف ، وذلك لإختلاف طبيعة النظامين ، إذ يقوم الأول على مبدأ كفاية التشريع ،بينما الآخر يقوم على مبدأ السابقة القضائيه . ولذلك فإننا سنتعرض لإحدى المدارس الفلسفيه التى برزت فى الولايات المتحده فى القرن العشرين ، ألا وهى مدرسة الفقه القانونى الإجتماعى ، لكى تقف على غاية القانون وفقا لهذه المدرسه ، والدور الذى يلعبه القاضى فى تفسير القانون بإعتبارهما من المسائل التى يهتم بها علم فلسفة القانون .

(د) : منهـــج البحـــث :-

إن دراستنا لمدرسة الفقه القانونى الإجتماعى لا تهدف إلى دراسة فى تاريخ القانون ، أو تاريخ الفكر القانونى بوجه عام ، ولكن دراسة تهدف إلى تحليل فكر هذه المدرسة ونظرتها إلى أصل القانون وغايته ، ومدى الدور الذى يقوم به القاضى فى تفسير القانون .

ومنهجنا فى ذلك سيعتمد على البحث والتحليل لهذه المدرسه فى مرحلة أولى يعقبها مرحلة تعقيب ، مع قياس مدى إمكانية الأخذ بنظمها أو بأفكارها في قانوننا المصرى .

ثانيا: اهمية الدراسة :

لقد إتجهنا إلى دراسة النظريات الفلسفيه فى النظام الأمريكى ، وبصفه خاصه مدرسة الفقه القانونى الإجتماعى لأسباب عديده – نورد منها ما يلى : –

أولا : أن النظام الأمريكى يختلف تمام الإختلاف عن النظام اللاتينى – وإن كان يوجد حاليا نقاط إلتقاء بينهما – فى أن الأول يعتمد على نظام السابقه القضائيه بعكس الآخر فإنه يعتمد على نظرية كمال التشريع)وبذلك لا يمكن لنا رؤية فلسفة النظام الأول إلا بالرجوع إلى الجهاز القضائى ، وما يتبناه من نظريات فلسفيه قانونيه

ثانياً : أن الكتابات فى مجال فلسفة القانون الأمريكى تعتبر إلى حد ما بسيطة ، إذ لا يوجد إلا القليل ممن تعرضوا لدراسة نظرياته الفلسفيه ، على الرغم من ريادتها علميا وإقتصاديا وسياسيا للعالم بأسره [١] ، ومن ثم فإن دراستى لها سوف يتيح فرصه للدارس العربى للإطلاع على ثقافة قانونية مغايره تكفل له إمكان مراجعته لأفكاره ومفاهيمه القانونيه الخاصه ، بالإضافه إلى إمكان مقارنتها بمثيلتها المصريه .

---

(١) د./ سعيد الصادق – المنهج القانونى فى الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية مصر العربية ، دار النهضة العربية سنة ١٩٧٧ م .

ثالثاً : - إن دراسة مدرسة الفقه القانوني الإجتماعي ، تجعلنا في منأى عن الوضعيه القانونيه بوصفها إتجاه يدرس القانون في ذاته ، حيث أنها تحارب البحث عن المضمون الإجتماعي للقانون ومدى قدرته على إشباع الرغبات الإجتماعيه للإنسان .

---

(١) RADIN " Anglo - American legal history " - S T. PAUL MINN west publishing co. i936 - p. 488 - 532 .

الأستاذ / على بدوى - أبحاث التاريخ العام للقانون " الجزء الأول - تاريخ الشرائع - الطبعة الثالثة - مطبعة مصر - سنة ١٩٤٧ - ص ١٨٩ .

مدرسة الفقه القانونى الإجتماعى

مقدمـــــه :-

أن النظام القانونى الأمريكى يعتبر نظاما مختلفا تماما عن النظم اللاتينيه التى تنتمى إليها النظم القانونيـــه المصريه ، إذ أنهـا تتـبع عائـــة " Common Law " والذى تعتمد بصفه أساسيه ، فيما يتعلق بمجال تطبيق العداله على السوابق القضائيه وقدرة القضاء على الحدث بالواقع الإجتماعى المتغير .

وقد كان تأثيرهم بهذه الشريعه نابعاً من الغزو الإنجليزى لأمريكا الشماليه فى القرن السابع عشر ، والذى دفع الأمريكين إلى نقل النظام الإنجليـزى إلـــى بلادهم وذلك لعدم تمتـعـهم فى ذلك الوقت بأى نظام قانونى (١) .

- وفى نهاية القرن التاسع وبداية القرن العشـرين ، بدأ ظهـور تياربين حديثين فى الفقه الأمريكى ، وذلك بهدف تطوير هذا الفكر ودفعه للأمام ، وهذين التياريين هما : -

---

(١) RADIN " Anglo - American legal history " - S T. paul Minn west publishing co. 1936 - p. 488 - 532 .

الأستاذ / على بدوى - أبحاث التاريخ العام للقانون " الجزء الأول - تاريخ الشرائع - الطبعة الثالثة - مطبعة مصر - سنة ١٩٤٧ - ص ١٨٩ .

١ – مدرســة الفقـــــه الإجتماعى .

٢ – تيــار الواقعيــه الأمريكــــيه

وهذين الإتجاهين قد ركزا على موضوعين رئيسيين من موضوعات فلسـفـة القـانون الأول : يتـعلق بغـاية القـانون ، والثــاني يتـعلق بالمنهج القانونى ، وعلى وجه الخصوص دور القاضى فى تفسير القانون .

وإذا كـان هذين الإتجـاهين قـد اهـتـمـا بالدور الذى يلعبـه القـاضى بصدد الفصل فى المنازعات ودوره فى تفسير القاعده القانونيه ، فإنهم قد إختلفوا حول ماهيته .

إذ يرى البعض (١) منهم أن القاضى أن القاضى يعد بمثابة آداة

---

(١) HOLMES OLIVER WENDELL.JR. " Law in science and sience in law " in Harvard law review Vol. 12 , 1898 - 1899 . p . 460 .

إذ يقول :

" Everyone instinctively recogmizes that in these days the justification of a law for us cannot be found in the fact that our fathers always have followed it . It must be found in some helpwhich the law brings toward reaching a social end which the governing power of the community has made up its mind that it wants ." " ... the real just infication of a rule of law , if there be one , is that it helps to bring about a social end which we desire .... " .

" social desire " , " social end " , " social advantage " .

لخدمة المجتمع . ومن ثم يجب عليه وهو بصدد البحث عن تفسير القاعدة القانونية التى يهم بتطبيقها أن يحاول تحقيق الغاية الإجتماعية التى يرغبها أفراد المجتمع .

ويرى البعض الآخر [(١)] أنّ القاضى يجب أن يوكل إليه مهمة البحث عن العدالة ، باعتبارها هدفاً للقانون التى يوضعه من أجل الإنسان.

وهذا الإختلاف قد نتج من الجدل بينهم حول الإجابه على التساؤلات الآتيه : -

١ - ما هى الغايه التى يجب أن يحققها القانون ؟ هل هى مصلحة المجتمع ، أم العداله ، أم الوصول إلى حياه لائقه بالإنسان ؟

٢ - كيفيه التوفيق بين نص الدستور المكتوب وبين التطور الإنسانى للمجتمع ؟

٣ - كيفيه توضيح دور القاضى والمشرع حينما يتجهان إلى تحقيق هدف واحد ؟ .

٤ - كيفيه إدراك ما يجب أن يكون عليه المجتمع ؟

وهذا الجدل كان وليد تردد فلاسفة هذين المدرستين فى الإجابه على الأسئله السابقة بين الفكره التى تنادى « بأن العلم يمكن أن يرشد القاضى إلى الحلول اللازمة للوقائع الإجتماعيه المتغيره » وبين تلك الفكره التي تنادى « بأن العلم يمكن أن يوضح للأحكام التى لا يمكن لها أن تنفى

---

(١) K. N LIEWELLEN " Jurisprudence Realism in theory and Practice " University of Chicago . Press , 1962 . P III

" .. no man can wrestle long with the things of law without be coming aware that under the very things which smoetimes bewilder , piague or outrage him there pulses an urge for right , for decency, or justice : a drive toward an ideal attribute which men may well conceive as a proper and indeed the proper ultimate objective of all law and all legal instututions " .

عن نفسها الصفة الفرديه » .

– ونظرا لأهمية الموضوعات الفلسفيه التى تتعرض لها هذين المدرستين – (غاية القانون – المنهج القانونى) فإننا سنتصدى للمدرسة الأولى ، تاركين الأخرى لبحث آخر إن شاء الله .

ولبحث وتحليل مدرسة الفقه القانونى الإجتماعى فإننا سنتعرض لها من خلال فصل تمهيدى عن كنه هذه المدرسه ، يتبعها أربعه فصول توضح لغاية القانون ومنهاجه وفقا لكبار فلاسفه هذه المدرسه ، وذلك على النحو التالى : –

الفصل التمهيدى : – فلسفة الفقه القانونى الإجتماعى .

الفصل الأول : – روسكوباوند والهندسة الإجتماعيه.

الفصل الثانى : – بورندى والإصغاء للوقائع الأجتماعية .

الفصل الثالث : – كار دوزو والآداة التشريعية .

الفصل الرابع : – فراتكفورتير والحريه القضائيه.

الفصل التمهيدى

الفلسفة القانونيه لمدرسة الفقه

القانونى الإجتماعى

أن مدرسة الفقه القانونى الإجتماعى بزعامة روسكوباوند تعتبر أول فلسفه قانونيه أمريكيه ذاتيه)وهذه المدرسه قد تأثرت إلى حد كبير بالحركة القانونيه الإجتماعيه وبالمبادىء الأوليه للفكر البراجماتى [١] الأمريكى فهى تهتم بالظروف الإنسانيه ، وذلك من خلال وضع العامل الإنسانى فى موضعه الصحيح ، وكشف حقيقة دور المنطق فى القانون بإعتباره مجرد وسيله .

فهذه المدرسه تنظر إلى القانون بإعتباره نتاجا للمجتمع ، ومعبرا عن فكر أفراده ، ولذلك يجب على المشرع أن يهتم بأعراف الناس وتجاربهم ومعتقداتهم وحاجاتهم ، بدلا من إهتمامه بالإطلاع على القوانين بغيه وضع تقنين ينظم حياتهم(اذ أنه بعد إلمامه بكل ما سبق يستطيع أن

---

(١) *مفهوم البراجماتية* : يقصد بها البحث عن القيمة العملية بالأسلوب التجريبى – بمعنى أن النجاح هو معيار الحقيقة ، وهذا المنهج قد أنشاءه مجموعة من الفلاسفة الذين تأثروا بالفكر الداروينى مثل وليم جيمس ، وديوى ، وساندر بيرس ، وبابينى .

وفى مجال التعليم ، لايمكن الإعتراف بحقيقة قانون أو نظرية – وفقاً للبراجماتيه – إلا إذا كان هناك امكانية لتطبيقها فى الواقع العملى ، فيمكن الإعتقاد فى

يضع القانون الذى يجد إحتراماً من قبل أفراد المجتمع .

واذا نظـرنا إلى فلسفة هذه المدرسة سنجد أنها تتأرجح بين النفعيه (L'utilitarisme)[١] . وبين مذهب النشوء والإرتقاء الداروينى (L'evolutionisme)[٢] إذ أن القانون يعتمد وفقاً لفكر

معين معين إذا كان نافعاً من الناحية الأخلاقية ، حيث أنه يعتبر حقاً فى هذه الحالة . فالبراجماتية تتعارض مع العقلانية ، إذ أن شيئاً ما لايكون صحيحاً ، لأنه يكون مفيداً ، ولكنه يكون نافعاً أن تتعلمه لأنه صحيحاً . هذه البراجماتيه قد اختفت من أوربا فى غضون القرن العشرين على الرغم من وجود صداها حتى الآن فى الولايات المتحدة الأمريكية .

أنظـــر :-

D. JULIA - op. cit . p. 233 .

(١) النفعية - هى فقه أو موقف أخلاقى يعتبر أن المنفعة أو الشئ الذى يجلب أكبر قدر من السعادة ، ويجب أن يكون المبدأ السامى لأفعالنا . والنفعية قد تأكدت من قبل بنتام الذى نادى بأن المنفعة هى التى تحقق أكبر قدر من السعادة لأكبر مجموعة من الناس بإفتراض أن السعادة واللذه يمكن حصرها على أساس العلوم الرياضية ، ثم جاء من بعده جون سيتوارت ميل والغالبية من فقهاء النظام الانجلوسكسونى . والبراجماتيه التى تعتبر صحيحاً كل ماهو ناجحا تعد استمراراً لمفهوم النفعية ، ولكنها تتناقض مع التشدد الأخلاقى لكانت - على سبيل المثال - والتى وفقا له لاتقاس القيمة الأخلاقية للفعل أو التصرف بنتائجه - بنجاحه) ولكن بقصد الفاعل (المتصرف) وبالمبدأ الذي ينظمه : أنظر :

D. JULIA . op. cit . p.233

(٢) النشوء والإرتقاء (L, evolutionisme) هو مذهب وفقاً له تتغير الأطوار المختلفة للكائنات الحية بواسطة حركة التطور - [فمثلاً الإنسان أصله قرد] - وهذه النظرية قد ظهرت فى نهاية القرن التاسع عشر على أيدى لامارك وداروين مع اختلاف النظرة الى العامل المؤثر فى هذا التطور . إذ نجده عند لامارك متمثلاً فى الوسط الذى يعيش فيه ، وعند داروين متمثلاً فى الإختيار الطبيعى (إنتقاء الطبيعة) ، وعند فراى - صاحب نظرية التطور - متمثلاً فى خلق أطوار جديدة بواسطة التعديلات الوراثية

النفعيه على تحقيق أكبر قدر من اللذه والسعادة للإنسان ، ويجنبه أكبر قدر من الشقاء (١) .

ووقفاً لمذهب النشوء والإرتقاء نجد أن التغير والتطور يعتبر ظاهرة عامه في كل أنظمه العالم،ومن ثم فإن القانون يخضع لهذه القاعده التى لا تقبل الشك .

ويبدوا هذا التأرجح واضحا عند روسكوباوند (٢)، التى بدأ أفكاره بالبحث فى المصلحه الإجتماعيه التى يجب أن تكون هدفا للقانون ، ووجدها تكمن فى الحاجه أو الرغبه الخاصه بالكائنات البشريه ، والتى تسعى هذه الكائنات فرادى أو جماعات إلى تحقيقها . وهذه المطالب والحاجات والرغبات قد تقتضيها مباشرة الحياه الفرديه ومن ثم تكون مصالح فرديه وقد يقتضيها التنظيم السياسى للمجتمع فتكون مصالح عامه ، وقد تقتضيها المجموعه الإجتماعيه فتسمى مصالح إجتماعيه،فهنا نجد أن فكر باوند يقوم على النفعيه ، ولكن من منظور مختلف عن فكر بنتام ، إذ أن هذا الأخير يرى أن المصالح تخص الأفراد فحسب ، وأن القول بوجوب تقديم المصلحة العامة على المصلحة الفرديه لا معنى له ، ذلك أن الفرد واحد من كل ، ومن ثم كانت المصلحه العامه - التى هى مجرد المصالح الفردية - تعبيراً أجوف ،

==== المفاجئة ، ولدى الدروانية الجديدة متمثلة فى نفى وإنكار توارث الصفات المكتسبة ، وتحليل التطور على مستوى التحولات والتعديلات الجنينية والكروموزية . ويصف هذا المذهب بالنسبة للعلوم الإنسانية أن هناك إتجاه رصيد يؤدى الى الحل الأمثل هو التقدم الذى يشير الى التطور .

أنظر : D. JULIA op. cit . P 94 .

(١) ELIE . Halevy " La formation du raicalisme philosophique " Vol., I.p. 15 et Vol II . p. 343 - 344 .

إذ يقول : أن النفعية تحقق أكبر قدر من السعادة لأكبر مجموعة من الناس مفترضاً أن السعادة واللذة يمكن أن تقبل الحصر على أساس العلوم الرياضية » .

(٢) R. ROUND " Jurisprudence " sT. Paul . MINN , West publishing Co., vol. 3 [. 15 , i6 .

لايمـثل شيـئاً حقيقـياً وكانـت المصالح الفردية هى وحدها المصالح الحقيقيه (١) . كما أن نظرية بنتام تقوم على توجيه القانون تجاه أهداف إجتماعيه معينه ، وتطالب بتقييم المصالح والترجيح بينها من خلال الغايه من القانون . أما مدرسة باوند فتعتمد أساسا على دراسة القانون بإعتباره ناتجا من حقائق ومؤثرات إجتماعيه معينه (٢) .

---

(١) BENTHAM, JEREMY (The Theory of legislation " R . H ildrethe Editor , 1876 . Reper - in : Hall . pp. 238 , 239 .

(٢) R. POUND "A" introduction to the philisophy of law " New . Haven , yale university press . 1955 . p. 46 .

But I am skeptical as to the possibility of an absolute judgment . We are confronted at this point by a fundamental question of social and polictical phiolosophy . I do not believe the jurist has to do more than recognize the problem and preceive that it is pressented to him as one of securing all social interests so far as he may , of maintaining a balance or harmony among them that is compatible wich the securing of all of them . The last century preferred dthe genral security.The present century has shown many signs of preferring the individual moral and social life . I doubt wherther such presferences can maintain themselves .

وطالما أن فكر باوند يعتمد أساسا على تحقيق المصلحه الإجتماعيه التى تهدف إلى إشباع أكبر قدر من الرغبات الإنسانيه ، وطالما أن هذه الرغبات فى حالة تطور مستمر ، فإن القانون سيخضع حتما لهذا التطور ، وهذا ما يجعل فكره متمشيا مع مذهب النشوء والإرتقاء – مما سبق يتضح لنا أن غاية القانون وفقا لفكر هذه المدرسه تدور حول فكرة المصلحه الإجتماعيه التى تهدف إلى إشباع أكبر قدر من الرغبات الإنسانيه وبأقل تضحيه ممكنه ، ومن ثم فإنه يجب النظر إلى القانون بإعتباره نظاما إجتماعيا يقوم على إشباع الرغبات الإجتماعيه والمطالب والحاجات التى يقتضيها وجود المجتمع المتمدين ، من خلال إقراره وحمايته لها .

وهذه الغاية سوف تزيد إيضاحاً من خلال التصدى لفلاسفة هذه المدرسه ، والمنهاج القانونى الواجب الإتباع من وجهة نظرهم ، وذلك من خلال الفصول القادمه .

الفصل الأول

روسكوباوند [1] والهندسة الإجتماعيه

لقد اهتم روسكوباوند بدراسة فلسفة القانون اهتماما كبيرا ، ويبدوا هذا واضحا للعيان من خلال قوله : « أنه في جميع المراحل التي يمكن وصفها بحق بأنها مراحل تقدم وتطور قانوني ، لعبت الفلسفه دور الخادم المفيد ، فقد إستخدمت لتحطيم سلطه التقاليد الباليه ، وتطويع القواعد والأحكام الصادره عن السلطه والتي لا تسمح بالتبديل أو التغيير في إستعمالات جديده مما غير أثرها العملي بصوره ملوسة ، ولإدخال عناصر

---

(١) روسكوباوند : ولد في لينكولن سنة ١٨٧٠ بنبراسكا ، حيث كان يعمل والده قاضياً فيها ، وتعمل والدته في مجال علم النبات ، وعندما بلغ الثامنة عشرة من عمره تم إلحاقه بالمدرسة اللاتينيه بجامعة نبراسكا ، ثم إنتقل بعد عامين إلى قسم العلوم فيها حيث حصل سنة ١٨٨٩ على درجة دكتور في الفلسفة في علم النبات . وفي سبتمبر سنة ١٨٨٩ سافر باوند الى هارفارد والتحق بمدرسة القانون وأستمر بها لمدة عام واحد درس فيه القانون الروماني ، ثم عاد الى لينكولن حيث إشتغل بالمحاماه ، ثم مفوضاً بالمحكمة العليا للولاية . وفي سنة ١٩٠٣ تم تعيينه عميداً لكلية الحقوق بنبراسكا ، ثم عين في فبراير سنة ١٩٤٦ مستشاراً لوزارة العدل الصينيه حيث بقي فيها لمدة عامين حاول فيها أن يعمل على إيجاد منهج واحد في تطبيق وتفسير التقنيات الصينية التي تم صياغتها على نحو جيد في بداية هذا القرن . وقد مرض عام ١٩٦٤ ونقل الى المستشفى وظل بها حتى وافته المنيه .
" R . Pound " Comparative law history as bases for chinse law " 61 Harv. L . Rev. 1948 . p. 749 .

خارجيه جديده إلى القانون وإنشاء مواد قانونيه جديده من هذه العناصر ، وتنظيم المواد القانونيه القائمه وترتيبها ، وتثبيت الأحكام والمؤسسات القائمه فى فترات الإستقرار والبناء الشامل التى تعقب فترات النمو . فهى تهدف كما يقول باوند إلى إعطانا صوره كامله ونهائيه لضبط المجتمع وتنظيمه ، وإلى إيجاد الحقيقة القانونيه الخالده التى لا تحول ولا تزول ، وأن تمكننا من وضع قانون كامل ينظم العلاقات الإنسانيه إلى الأبد دون حيره أو التباس،ومتحرره من الحاجة إلى التبديل » (١) .

ولذلك سأعرض لغاية القانون وفقاً لفكرة موضحا منهجه القانونى من خلال مبحثين

---

(١) د./ سليمان مرقس - المرجع السابق -ص ١٢ - وقد عبر روسكو باوند عن أهمية الفلسفة وهو يعرض للبراجماتيه كفلسفة قانون تعمل على توافق المبادئ والآراء الفقهية مع الظروف الإنسانية القائمة بدلاً من الإعتماد على المبادئ الأولية والتى ينحصر دورها فى إدراك الجانب الرئيسى للمشكلة الإنسانية وإقصاء المنطق عن موضعه الطبيعى باعتباره وسيلة - أنظر :-

Mechanical Jurisprudence - 8 columbia law Ke-view , 1908 . p. 539 .

إذ يقول :-

" The sociological movement in jurisprudence is a movement for pragmatism as a philosophy of law , for the adjustment of principles and doctrines to the human conditions they are to goe-vernrather than to assumed first principles ; for putting the human factor in the central place and relegating logic to its true position as an instrument".

المبحث الأول

غاية القانون لدى روسكوباوند

أن روسكوباوند قد إهتم بالبحث عن الحلول العادله للمنازعات القانونيه التى تعكس المصالح الإجتماعيه المتنافسه ، وذلك من خلال نظريته القانونيه المعروفه بإسم « نظرية المصالح الإجتماعية ، والتى تعتبر بحق من أهم النظريات القانونيه التى ظهرت فى المجتمع الأمريكى حتى الآن .

– وقد بدأ روسكوباوند تشييد هذه النظريه إنطلاقا من نظرته إلى غاية القانون ، إذ يرى أن القانون لا يجب أن يعرف بنتائجه وآثاره ، ولكن بما يحققه من مصالح إجتماعيه ، فهو يرى أن الإنسان يجب أن يحتل مكاناً سامياً فى القانون بإعتباره غاية له (١) . فإذا كان الهدف الرئيسى للقانون هو تحقيق العداله ، فإن هذه العداله تتعلق فى المقام الأول بالإنسان ، كما لاحظ ذلك بحق M.julius sotone اذ يقارن بين

---

(١) R. POUND . op. cit . P. 539 .

حيث يرى : -

" Putting the Human factor in the central place "

المصالح القائمه وذلك بالنظر إلى الأخلاق السائده ، والظروف المسيطره على المجتمع . فالقانون يجب أن يكون أداة للهندسة الإجتماعيه التى تسمح بتحقيق أكبر قدر من المصالح ، وتعمل على ترسيخ الحد الأدنى منها ، سواء كانت هذه المصالح فرديه أم مصالح عامه أم إجتماعيه .

- ولا يرى باوند أن تقدم الإنسانيه فى حركه دائبه ، وإنه يؤدى بطريقه مباشره إلى معالجه المصالح القائمه أو عدم معالجتها وذلك بإستخدام أداه مقياس هذه المصالح.فإذا كان القانون وفقا له يعد نتاجاً لحصيلة المصالح القائمه ، فإنه لن يوجد مكاناً لتعبير القوه أو طابع السلطه ، ولكن يوجد على العكس مكانا للإستعباد ، وإستخدام السلطة لتحقيق أهداف وغايات المدنيه والحضاره ، وهذا يعنى من وجهه نظره أن القانون هو الآداه التى تنظم وترتب إستخدام القوه وتضعها فى خدمه المدنيه والحضارة [1] .

---

(1) R. POUND " Justice according to Law " New - Havan yale University , Press , 1951 . P. 64 .

إذ يقـــول :

" .... so far from the law being power , it is something that organizes and systematizes the exercise of power and makes power effective toward the maintaining and furthering of civilization . " .

ويدرك باوند أنه من خلال الحضاره أو المدنيه سيكون هناك تقدما أكثر فى الرقابه الكامله للإنسان على الطبيعه الخارجيه وعلى الطبيعه ذاتها والتى تؤكد سيطرته الكامله عليها فى ظل هذه الفتره[1]، فالحضاره تبدوا له كوسيله للإفلات من إختيار غير مشروط بين المصالح الفرديه والمصالح الإجتماعيه ، بإعتبارها مذهب ثالث بين القانون الطبيعى والماركسيه على سبيل المثال؛ فهو يؤكد أن تاريخ القانون يعد شاهدا على إستمرار تولد الرغبات والحاجات لدى أفراد المجتمع بدون توقف ، وشاهدا على الحمايه المتزايدة والفعالة للمصالح الإجتماعيه ، وشاهدا على التقليص المستمر للآثار غير النفعيه.

ويدلل على ذلك بقوله « يكفينى تدليلا على ذلك التاكيد على أن تاريخ القانون يدل على وجود تولد مستمر لرغبات و متطلبات الإنسانيه ، ووجود تقدم وتطور مستمر

---

(1) J.Ston " Human law and Human justice " s. Tanford University Press 1965 . p. 2600 .

إذ يقـــــــول :

" the raising of human powers over internal and external nature to constantly greater completenc-ess , yielding the maximum control of which men are for the time being capable . " .

لحاجات الناس من خلال الرقابه الإجتماعيه ، ووجود إكتشاف مستمر ونشط للمصالح الإجتماعيه » (١) .

فهو يرى وجوب إخضاع المصالح الإجتماعيه للمراجعة المستمرة بالإضافة أو التعديل والذى يعد أداة مساعدة لتحقيق نوع أفضل من الهندسة الإجتماعيه .

---

(1) R. POUND " An introduction to the philosophy of law " op. cit . p. 47 .

حيث يقول :

" for present purposes I am content to see in legal history the record of continually wider recognizing and satisfying of human wants or claims or desires through social control m a more embracingand more effective securing of social interests , a continually more complete and effective climination of waste and precluding of friction in human employment of the goods of existence - in short , a contrinually more efficacious social engineering . " .

المبحث الثانى

المنهج القانونى لدى باوند

يقول د./ سعيد الصادق [١] « **أن نظرية باوند فى المصالح الإجتماعيه تقدم أساسا مفيدا للمشرع الأمريكى فى صياغته للتشريعات ، وللقاضى الأمريكى فى تنبيهه إلى ضرورة البحث عن السياسه العامه والمصالح الإجتماعيه التى تهدف القواعد القانونيه إلى حمايتها** » .

ويرى باوند [٢] أن القوانين المكتوبه تعتبر قديمه وعتيقه بالنسبه لتطور الإنسان،فالقانون يتطور تحت تأثير عوامل خارجيه مثل الأفكار الجديده ، والمفاهيم الأخلاقيه ومفاهيم الحق والإنصاف . فالأخلاق على

---

(١) د./ سعيد الصادق ، المرجع السابق – ص ١١١ .

(2) R. POUND " The scope and purpose of socio-logical jurisprudence " II , in Harrvad law Review Vol. 25, 1912 . P. 145 - 146 .

إذ يقـــول :

" Legal history sows clearly enough that ideas of justice and of norals have been controlling factors in all periods of growt. "

سبيل المثال ، تعد فى الواقع تقديرا للمصالح ، ومن ثم فإن المشرع والقاضى يجب عليهما أن يقوما بتصنيف المصالح القائمه بالإعتماد على معيار المنفعه أو المصلحه .

فهو يؤكد على فائده وجود الآداه التشريعيه التى تقوم بوضع المبادىء ، ولكن يجب على هذه الآداه أن لا تضع هذه المبادىء بطريقة محدده وعلى سبيل الحصر إذ يجب عليها أن تترك مجالا لتقدير القاضى ، يستطيع من خلاله أن يطور القانون ويطبق مبادئه بطريقة عقلانيه تسمح له بتقدير الحالات الفرديه التى تعرض أمامه .

- فالسلطة التشريعيه والقضائيه يعملان على تحقيق هدف مشترك ، هو خلق قانون يتلائم قدر الإمكان مع ظروف المجتمع الذين يمارسون فيه وظائفهم .

- فإذا نظرنا إلى وظيفه المشرع نجد أنها أكثر حرية من وظيفة القاضى فى خلق القاعده القانونية ، حيث أنه هو الوحيد الذى يقوم بوضع القواعد القانونيه التى تنظم الحالات المستقبليه . أما الوظيفه التشريعيه للقضاه فهى إحتياطيه ، ويجب أن تمارس وفقا لتقنيات محدده ، وذلك لأنه يصدر أحكامه على وقائع أرتكبت فى الماضى ، فهو يبحث عن العداله ، ولكن يجب عليه أن يؤسس حكمه إستنادا إلى القانون ووفقا للأجراءات المنصوص عليها فيه ، بإعتبار أن هذا يعد بمثابة الضمانه الأساسيه ضد تعسف القضاه ، وحماية للإستقرار

المرغوب بصدد العلاقـات القانونيـه [١] .

– ويفرق باوند [٢] بين الأعمال التى تنصب على الأموال (المصالح الماديه) مثل الملكيـة والتجارة الإئتمـان ، وبين تلك التى ترتبط بالسلوك الإنسانى مثل إدارة الأعمال وحسن النية والإهمال ، بحيث يلتزم القضاة

---

(١). R. PPUND " the theory of judicial decision " in Harvard Law revieuw - vol 36 , 1923 . P. 955 - 956 .

حيث يقول : -

" In such a conception of judicial decision as part of a larger process of social engineering in a sense legislation and judicial decision are put on te same basis . Each is or may be creative . Each is and Should be governed by principles of social utility.

Each should be quided by a picture of the comp-letest satisfaction of human claims or wants or desires that is compatible with the least sacrifice of the totality of such claims or wants or desires . " .

(٢) – لمزيد من التفصيل عن مفهوم الإتجه الغائي والإتجاه الشكلي في تفسيره تطبيق القانون . .

أنظر – رسالتنا للدكتوراه – دور القاضـاء في التوفيق بين الواقع والقانون – دراسة في فلسفة القانون – حقوق عين شمس سنة ١٩٩٦ – ص ٢١٣ – ٢٢٦ .

بالتطبيق الصارم للقواعد القانونيه التى وضعت بطريقه مسبقه ، على مجال الأموال ، وذلك لأنها وردت فى القانون على سبيل الحصر ، بالإضافة إلى أنها لاترتبط كثيراً بالإرادة (أى بحسن أو سوء النية) - أما الأعمال التى ترتبط بالسلوك الإنسانى ، فإنها تتطلب نوعاً من الحرية فى التقدير ، إذ أن معانيها تختلف من زمن الى آخر ومن مكان إلى خر ، ولذلك يجب على القاضى ، وهو يفسر لهذا النوع من التصرفات أن يضع فى إعتباره لتجارب الماضى وآفاق المستقبل .

أُن هذا الفيلسوف ، قد تأرجح بين الأخذ بالمذهب الشكلى ، أو المذهب الغائى فى تفسير وتطبيق القانون ، وذلك بالإستناد إلى التقسيم السابق للتصرفات ، فبينما يجنح الى الأخذ بالمذهب الشكلى الذى يعتمد على التطبيق الآلى للقانون بخصوص التصرفات التى تتعلق بالأموال ، فإنه يجنح إلى الإتجاه الغائي الذى يسمح بنوع من التفسير العقلانى للقانون ، واتساع نطاق سلطة القاضى فى تطبيق القانون ، وذلك بصدد الأعمال التى تتعلق بسلوك الإنسان .

وإذا نظرنا الى هذا المنهج سنجد أنه يتفق مع منهج هارت وماكور ميك ، وإن كان المنهجان يختلفان من حيث التكتيك القانونى ، إذ نجد أن دور القاضى المنشأ لايبدأ إلا من لحظة عدم وجود نص أو سابقة ملزمه - وهو ما يطلقون عليه (الحالة الصعبه - Hard case) - حيث يتمتع القاضى فى هذه الحاله بسلطة تقديريه واسعه.إذ قرر هارت [1] « **أن**

---

(١) H.L.A. HART " the concept of law " oxford cha- rendon law series - 1961 . p. 132 . ====

وجود مفاهيم مفتوحه للكلمات يعنى بالضرورة أن هناك حالات معينة يجب أن يترك حسمها للقضاء فى ضوء الظروف وإسترشادا بالتوفيق بين المصالح التى يختلف وزنها تبعا لكل حاله على حده وفى هذه الحاله فإن المحكمه تمارس وظيفه خلق القاعده القانونيه » .

– فى النهايه نستطيع القول بأن العميد روسكوباوند لا يمكن أن ينتمى إلى الوضعيه القانونيه التى تفصل بين القانون والأخلاق ، ولا يمكن

====

حيث يقول :

" The open texture of law means that there are , indeed , areas of conduct where much must be left to be developed by courts or officials striking a balance , iun the light of circumstances , between competing interests which very in ewight from case to case . None the less , the life of the law consists to a very large extent in the guidance both of officials and private individuals by determinate rules which , unlike the applications of variable standards , do not require from them a fresh judgment from case to case . this salient fact of social life remains true , even

====

أن ينتمى إلى المذهب الإجتماعى على إطلاقه ، ولذلك نرى أن فلسفته القانونيه هى مزيج من الوضعيه القانونيه المطعمه بالفكر الإجتماعى ، حيث يهدف إلى ربط القانون بالمجتمع وإعطاء الثقل للقيم الإجتماعيه والإهتمام بفكرة المعايير والمبادىء ودورهما فى القانون .

=====

though uncertainties may break out as to the applicability of any rule (whether written or communicated by precedent) to a concrete case . here at the margin of rules and in the fields left open by the theory of precedents , the courts perform a rule-producing function which administrative bodies perform centrally in the elaboration of variable standards . In a system where stare decisis is firmly acknowledged , this function of the courts is very like the exercise of delegated rule-making powers by an administrative body . In England this fact is oftern obsscured by forms : for the courts often disclain any suc ceative function and insist that the proper task of statutory interpretation and the use of precedent is , respectively , to search for the intention of the legislature ' and the law that already exists . ".

الفصل الثانى

لويس بورندى والإصغاء للواقع الإجتماعى

أن هذا الفقيه يعتمد فى إدراكه لغاية القانون ومنهجه على إستقراء وملاحظه الواقع الإجتماعى ، حيث أن محورفكرة ينصب على إيجاد قانون يتوافق مع متطلبات المجتمع . وهذا ما سنوضحه من خلال المبحثين الآتيين : -

المبحث الأول

غاية القانون عند بورندى

أن لويس بورندى يعد من فلاسفة الفقه القانونى الإجتماعى ، ومع ذلك فإن فكره لا ينحصر بأكمله داخل نطاق هذه المدرسة، فهو يؤمن بأن الأخلاق ليست نتاجا للمجتمع ، ولكنها تنشر عن طريق الرسل والشعراء الذين يعيشون فى كل عصر من العصر [١] .

---

(١) DEAN ACHESAN " Working with BRAD EIS " in Aaron wildavsky and Nelson W.Polsky , Amercian Gawernninental institutions , chicago , Rand Menally and Co. 1968 . P. 235 .
" it was easy ... to provoke Mr. Hudson into [illegible] that moral principles were no more

وإذا نظرنا إلى فكرة القانونى سنجد أن إهتمامه ينصب على إيجاد قانــون يتوافق مع متطلبات المجتمع ، إيجاد قانون عادل ، إيجاد حل عادل ، يرسخ مع الزمن ، ومن ثم يصبح عن طريق القضاء سابقة قضائيه أو قانونا من القوانين .

فالقانون يتولد من الواقع الإجتماعى ، ومن ثم فإن القاعدة القانونيه القديمه يجب أن تفسر بإعتبارها إجابة على مضمون الواقع الإجتماعى التى ظهرت من خلاله هذه القاعده ، ومن قابليه تطبيق هذه القاعده على منازعه جديده ، يجب أن يتم تقديرها بعد إيضاح كامل للواقــع الجديــد وعلـــى وجه الخصوص بعد إعاده تحديد المصالح

====

than generalization from the mores or accepted not ions of a particular time and place .
The eruption was even more spectacular than I had anticipated ... Morality was truth; and truth had been revealed to man in an unbroken , contionous and consistent flow by the great prophets and poets of all time . e quoted goethe in German and from Euripides via Gil-bert Murray ..... " .

القائمه (١) . فـهـو يرى أن تطور الواقع الإجـتـمـاعى يعـد الشـرط الضرورى لتطور القانون القائم .

ويؤكد هذا القول بخصوص شريعة الـ common low وذلك بذكره مثالاً يوضح ذلك ، وهو تطور قانون الإضراب . فالإضراب كان غير شرعى ومجرم بجزاء رادع ، ولكن بعد فتره من الزمن أصبح هذا الحق مشروعا بدون تدخل من جانب المشرع . فهذا التطور الذى لحق بحق الإضـراب لم يكن يعد بمثابة تطور لمبادىء شريعة الـ com-mun law ، ولكنـــه يعد بمثابة تطور فى طريقة إدراك معطيات الواقع الإجتماعى ، وظروف الحياه الصناعيه (٢) .

ويؤكد بورندى « **أنه بالأخذ فى الإعتبار للتغيرات التى تحدث فى المجتمع ، فإن قانون الحياه الخاصه الذى يظهر لجانب من جوانب حمايه الفرد فى شخصه وأمواله يتفق تقليديا مع شريعه Common Law . ويظهر ذلك جليا فى أحكام القضاء التى تؤكد حماية الشخص فى نفسه وماله ، وليس فقط حماية أعماله الفنيه والأدبيه ، وهنا لا يتدخل المشرع من أجل وضع الجزاء ، ولكن فقط بغيه الإصلاح المدنى** » .

---

(١) D. ACHESON " Working wigh Brandeis " in Aran Wildavskey and Nelson . W.Polsky , American Covernemental institutions , chicago Rand Menally , Co., 1968 . p. 228 .

(٢) D. ACHESON . op. cit . 229 .

– ختاماً نلاحظ أن فلسفة بورندى ، تهتم بتحليل الواقع الإجتماعى فى ثباته وحركته ومدى تأثيره على القانون ، بإعتباره الوسيلة التى تتحقق العدالة من خلالها بإعتبارها من أهم غايات القانون وأهدافه . فهى لا ترى فى السلطه التشريعيه وسيله لإعداد القانون من ناحيه تجريدة ، ولكنها وسيله لتنظيم ما يحدث فى الواقع الإجتماعى من متغيرات (١) وإذا إنتقلنا إلى النظام اللاتينى سنجد أن هناك (٢) من يأخذ بهذه الفلسفه إنطلاقا من عرضه للسؤال الآتى كيف

(١) - SAMUEL D. WARREN ET LOUIS D. BRANDEIES " The Right to privacy " - 1890 . in Ray D. Henson . Landmarks of law . High-lights of legal opinion , New York , harper and Brothers publishers 1960 - p . 275 .

حيث يقول :

" stare decisis is not like the rule of res judicata a universal command .".

(٢) BERNARD. EDELMAN " theorie et pratique juri-dique " . A.P.D. T.33 P. 15 .

إذ يقول : -

" Le droit realise ou revele non seulement que tout rappot est social, mais encoure qu'il est ju-ridique "

يتحول الشيء أو السلوك الإنساني من طبيعته الأولى إلى الطبيعه القانونيه ويجيب على هذا التساؤل بقوله : [**أن هذا الشيء أو السلوك الإنساني يدخل إلى حظيره النظام القانوني بوسيلة عقلية وأصلية بالنسبة للفكر القانوني ألا وهى التكييف ، على أساس أنها الوسيلة التي توضح الطبيعة القانونية للشيء أو السلوك الإنساني،فالقانون لا يهدف إلى توضيح المعنى الإجتماعي للشيء فقط ، ولكنه يوضح لمفهومه القانوني أيضا**] . وقد ضرب مثالا يوضح به كيفيه أن المشرع والقضاء يتصدى لما يحدث فى الواقع الإجتماعى من متغيرات ويقوم بإصلاحها .

وهذا المثال مقتبس من حكم محكمة إستئناف باريس والصادر بتاريخ ١٥ إبريل سنة ١٩٨٦حيث أن مجلة (Le quotidien de Paris) كانت قد نشرت مقالاً بعنوان لعبة حديثه ممنوع ممارستها خلال الأجازة الأسبوعية (Le nouveau jeu interdit du week - end)

=====

Par la qualifiction , le droit se met en rapprot avec le non-droit m c'est - a - dire avec ce qui n'a pas encoure révélé sa nature du droit " .

استهلته بقولها إنه يمكن لكم أن تصنعوا جهازا يستقبل قناه - خلال هذه الأجازه وعلى إثرى هذا المقال استطاع عامل ذو مستوى مهارى من صنع جهاز يستقبل لهذه القناة التى لا يجوز إستخدامها إلا عن طريق الإشتراك ولهذا فإن الشركة المستغلة لهذه القناة أقامت دعوى قضائيه أسستها على اعتبار أن هذا المقال يعد وسيلة تحريض على السرقه ، وهنا رأت المحكمة أنها أمام واقع إجتماعى جديد يحتاج إلى تنظيم قانونى ليتحول من حالة الطبيعة الأولى إلى حظيرة القانون . وهنا لجأت المحكمة إلى المادة ٣٧٩ من القانون الجنائى الفرنسى الذى يحدد هذه الجريمه بإختراق ممتلكات الغير وتساءلت عما اذا كان هذا الإختراق لبرامج قناة + يعتبر سرقه أم لا ؟ وإستنتجت من ذلك أن قناه + تحتفظ بحق ملكيه برامجها ، ولها الحق فى بثها بكل وضوح ، وإن عملائها لهم الحق فى استعمالها ، ومن ثم فليس لها أن تشتكى من سلبها ما ذكرناه ، وهنا نجد أن المحكمه لم تتطرق إلى طبيعة البرامج التى تبثها هذه القناه من الناحيه العلمية وإنما تتطرق إليها من وجهتين ، الوجهه الإقتصاديه ، والوجهه الغائيه (١) .

---

(١) B. EDELMAN . op.cit . P . 17 .

حيث أشار الى موقف محكمة باريس فيما يتعلق بالطبيعة الإقتصادية والغائية للبرامج التى تبثها القناة .. إذ تقول المحكمة : -

Quant a l'aspect économique , le tribunal a constate que la valeur marchande que pouvait

– ومن الوجهة الإقتصاديه تبين للمحكمة أن القيمة السلعية التى يمكن أن تمثلها أجهزة البث الإلكترونية لا يمكن قياسها ولا تحديد ماهيتها على أنها ملك لصناعها كما هو الحال بالنسبة للتيار الكهربائى

=======

consituer l'onde radio-electrique non seulement n'etait pas mesurable mais encore ne passait point de la possession du fabriquant a celle du consommateur , comme ce peut etre le cas, par exemple , de l'electricite . En effet . il ne peut y avoir en l'occurrence , un vol d'ondes stricto sensu qui depouillerait celui qui les emet d'une quelconque richesse .

Quant à la finalité de l'operation , il a estimé que " le signal électrique n'est que le support de transmission de l'objet volé , lequel est , en fait , le programme destine aux abonnés " .

ومن ثم فـإنه لا توجـد سـرقـة للبث الإلكتـرونى بالمعنى الضـيق والذى يسلب من القناة عملائها ومن ثم يجردها من الثـــروة .

- ومن الوجـهه الغائيه فإن المحكمه تؤكد أن الإشـاره الكهربائيه ليست إلا واقى للشـىء المسروق وهو ما يمثل فى الواقع البرامج الموجهة ، ومن ثم فإنه لا محل لوجود سرقة .

- ولكن قناة (+) وجهت المشرع إلى خطورة هذا الواقع الجديد ، مما إضطر على إثر ذلك إلى إصدار قانون بتـاريخ ١٠ يوليـه سنه ١٩٨٧ يعاقب كل من يصنع أو يستورد للتسويق أو يهدى عند البيع - أو يقبض عليـه فى طور البيع - جـهـاز لإلتقـاط البـرامج التلفـزيونيـة بطريق الاختراق متى كانت هذه البرامج مخصصة لقطاع معين من الجمهور .

فهنا نلاحظ أن المشرع عندما جرم هذا الفعل فإنه لم ينظر إلى الموجات فى حد ذاتها وإنما نظر إلى القيمه الإقتصاديه التى تعود على القناه من بثها لهذه الموجات ، وهنا يظهر الشىء وكأنه تعبيراً عن علاقة إجتماعيه (١) .

---

(١) BERNARD . EDELMAN . op. cit . p. 146 .

المبحث الثاني

المنهج القانوني لدى بورندى

يرى هذا الفيلسوف أن القضاء بإستخدام سلطته التقديريه المنصوص عليها فى القانون يجب عليه أن يجتهد فى تحقيق العداله الإجتماعيه التى يتمناها أفراد المجتمع وذلك بإستخدام الوسائل التى تساعده فى تحقيق هذا الهدف ، وأن الحلول الذى يتبناها القضاء يجب أن يلتزم بها ، وأن يختبرها على مر الدعاوى ، ومن ثم يكون بإستطاعته تطويرها أو العدول عنها .

وهنا نلاحظ أن بورندى فى تفسير وتطبيق القانون – بإعتبارهما أحد المجالات الرئيسية للدراسات الفلسفيه – يتفق إلى حد كبير مع مدرسة البحث العلمى الحر ، التى تطلق العنان للقاضى – فى حالة عدم وجود نص قانونى يحكم النزاع المعروض عليه – للبحث عن الحل العادل للنزاع عن طريق القيام بمجهود عقلى هو البحث العلمى الحر بحيث يصل إلى الحل القانونى الواجب التطبيق على ضوء نفس الأفكار الذى كان سيراعيها المشرع لو أنه تصرف بنفسه لحل النزاع (١) .

---

(١) أنظر رسالتنا للدكتوراه : " دور القضاء فى التوفيق بين الواقع والقانون – دراسة فى فلسفة لقانون – جامعة عين شمس سنة ١٩٩٦ ، ص ١٠٩ .

وإذا كان هذا الفقيه قد أطلق العنان للقاضى فى البحث عن الحل العادل للنزاع فى حالة عدم وجود نص يحكمه ، فإنه يتمسك إلى حد ما بالشكلية فى حالة وجود النص ، وهذا ما يؤكده الحكم الصادر من المحكمة العليا الأمريكيه سنه ١٩٣٦ (١) فى قضية أشواندر ضد سلطه وأدى تنيس ، حيث قال أن القضيه ما كان يجب أن تطرح أمام المحكمه إبتداءا ، ثم إنتقل ليضع القواعد التى بموجبها تختار المحكمة القضايا التى تعيد النظر فيها فقال « **كثيرا ما لفتت المحكمة النظر إلى الخطوره والدقة اللتين تتسم بهما وظيفتهما فى النظر فى صحة أحد قوانين الكونجرس ، وحددت ممارسة هذه الوظيفة بالإصرار بصلابه على إن الصلاحيات القضائيه للمحاكم الإتحاديه تقتصر على القضايا والخصومات الفعليه ، وانه لاصلاحية لهذه المحاكم تخولها إعطاء آراء على سبيل المشوره وعلى هذا الأساس فقد أمرت فى السنوات الأخيره برفض النظر فى عده شكاوى تتحدى دستوريه قوانين الكونجرس الهامة** » .

وطورت المحكمة من أجل حكمها فى القضايا المعترف بأنها ضمن صلاحياتها ، سلسلة من القواعد التى تجنب إصدار أحكام فى

---

(١) الدستور الأمريكى - أفكاره ومثله - تأليف مورتمرج أولر - ترجمة / صادق براهيم عوده - مركز الكتب الأردنى - سنة ١٨٩٨ - ص ٢١٥ ومابعدها .

- وهذا الحكم يوضح مدى تمسك براندى بالشكلية فى تفسير وتطبيق القانون عند وجود نص معين يحكم النزاع .

جزء كبير من جميع المسائل الدستوريه التى أحيلت إليها من أجل إتخاذ قرار وفيما يلى هذه القواعد : -

١ - لن تتعرض المحكمه لدستوريه تشريع فى قضيه وديه خاليه من وجود خصم .

٢ - لن تتوقع المحكمه سلفا أية مسأله حول القانون الدستورى وقبل ضرورة البت فيها

٣ - لن تقوم المحكمه بصياغه قاعده أو حكم متعلق بالقانون الدستـــورى أوسع مما تتطلبه الحقائق الدقيقه التى ينطبق عليها هذا القانون .

٤ - لن تحكم المحكمه فى مسأله دستوريه ، وان كانت هذه المسأله قد عرضت بصوره لائقة فى السجل إذا وجد هناك أيضا أساس آخر يمكن تسوية القضيه بناءا عليه .

٥ - لن تتعرض المحكمه لصحة قانون أو تشريع ما بناءا على شكوى من طرف أخفق فى بيان تضرره من تنفيذ ذلك التشريع .

٦ - لن تتعرض المحكمه لدستورية قانون أو تشريع بناءا على طلب إستفاد من مزاياه

٧ - عندما توضع صحة أحد قوانين الكونجرس موضع تساؤل ، وحتى لو أثيرت شكوك خطيره حول دستورتيه ، فإن هناك مبدأ أساسياً مفاده أن هذه المحكمة سوف تتأكد إبتداءا من إحتمال وجود

تفسير للتشريع يمكن بموجبه تفادى التساؤل .

فى النهايـــة نرى أن هذا الفـيلســوف والقـاضى يتـفق مع روسكوباوند ، وهولمز ، فى الإتجاه نحو المشرع كى يقوم بالاصلاحات الضروريه فى المجتمع ، على الرغم من صعوبة تحقيق ذلك فى شريعة الـ (common law) والتى ما زالت حتى الآن تستجيـب لرغبات المجتمع المتغير بدون إجراء تعديلات تشريعية كثيره .

الفصل الثالث

بنيامين كاردوزو[1] والآداة التشريعيه

أن بنيامين كاردوزو قد تأثر إلى حد كبير بفكر أستاذه هولمز ، وبالنزعة البراجماتيه لكل من وليم جميس ، وجون ديوى ، فهو يشاركهم فى أن الشيء لا يعتبر حقيقة إلا بقدر ما يساعد على إنجاح الجوانب الأخرى من التجربه ، وأن النظريات هى مجرد وسائل وأدوات وليست إجابات على الأحاجى والألغاز ، ومن ثم فهو يؤمن بأن للفلسفه البراجماتيه دور كبير فى توضيح القانون ، ولذلك سوف أتناول فلسفته القانونيه ، ومنهجه القانونى من خلال المبحثين الآتيين : -

---

(١) ولد بنيامين ناثان كاردوزو بمدينة نيوريوك فى ٢٤ مايو سنة ١٨٧٠ ، وتلقى دراسته فى جامعة كولومبيا حتى تخرج فيها بمرتبة الشرف سنة ١٨٨٩ ، ثم اشتغل بالمحاماه الى أن عين قاضياً بمحكمة استئناف نيويورك وذلك سنة ١٩١ ، ثم أختير قاضياً بالمحكمة الفيدرالية العليا سنة ١٩٣٢ .

LEVY BERYL HAROLD " Cardozo and Frontiers of legalthinking " New York , Oxford University Press , 1938 , p.1 .

المبحث الأول

الفلسفه القانونيه لبنيامين كاردوزو

إن هذا الفيلسوف يعد من أنصار الفلسفه البراجماتيه التى تقوم على التحليل التدريجي لكافة المشاكل الفيزيائيه أو البيولوجيه أو السيكلوجيه أو اللغويه أو الإجتماعيه وترفض الأخذ بصيغه ميتافيزيقية واحده فى حل كل المشاكل وتفسير جميع الظواهر ، إذ يقول هذا الفيلسوف « **عبر مرور الزمن لا يوجد على الإطلاق مبدأ الغايه أو الهدف المحدد للقانون ، والحقيقه التى لا مراء فيها أن القانون لا يمكن أن يكون له غايه ثابته ، بل أن هذه الغايه تختلف يقينا بإختلاف العصور** » [١] .

وإذا كان هذا الفيلسوف قد إعتنق الفكر البراجماتى ، فإنه لم يقف عند هذا الحد ، بل جمع بين هذا الفكر ، وبين الفكر المثالى إذ يرى أن القانون الوضعى يجب أن يعتمد على القانون الطبيعى ، وذلك

---

(١) B.N. CARDOZO " The nature of the judicial process " New Havan and London , Yale University press , 1921 . p. 66 - 88 - 89.

اذ يقول أن القانون يتولد من علاقات الواقع التى توجد بين الآشياء .

" Law springs from the relations of fact which exist between things " .

بتأكيده على أن القانون ينشأ من علاقات الواقع التى توجد بين الأشياء . وبما أن هذه العلاقات تتغير فإن القانون الطبيعى سيتغير كنتيجة حتميه لذلك .

ولهذه نجده يؤكد على المبادىء الأخلاقية فى العديد من آراءه القضائيه، ومن ذلك على سبيل المثال ما جاء فى تأييده للتشريع الصادر فى نيويورك بالشروط الواجب مراعاتها فى المنازل المتعدده الشقق التى تقام فى المدينه، إذ قد أكد على الجانب الأخلاقى فى حكمه ، وذلك بحثه على مراعاه الظروف التى يمكن أن يولد فيها أطفال أصحاء ، وأن يترعرع فى ظلها الرجال والنساء بإعتبار أن التكوين الأخلاقى والبدنى الخاص بالرجوله والأنوثه من الأمور التى يجب أن تهتم بها الولايه .

ويبــدو هذا جليـاً من قـوله (١) « **بأن تقدير المنفعه الإجتماعيه ، لا يعتمد فقط على المعايير الأخلاقية ، ولكن يعتمد على قيم أخرى مثل الرفاهيه ، والمنفعه الإقتصاديه والثقافيه للمجتمع، فالتعاون لا يمكن أن يكون وسيله للتناقض مع تطور المدينه ولكن فقط علاج لتخفيف حدة الوقائع عن الذين ينتمون إلى الضحايا** » .

– وإذا كان هذا الفيلسوف قد جمع بين البراجماتيه والمثالية فى فلسفته القانونية، ومن ثم جمع بين التوق إلى الإستقرار والاتساق

---

(١) B . Cardozo . op. cit p. 58 .

والرغبة فى التقدم والحركة ، وذلك بإدراكه لأهمية القانون من ناحية ، وضرورة وضع الظروف الإجتماعيه والإقتصاديه والأخلاقيه (بإعتبارها قيما تعبر عن غايه القانون) - الخاصه بالقضيه الفرديه موضع الإعتبار ، فإنه يدعون إلى التساؤل عن تدرج هذه القيم ؟ يجيبنا على هذا التساؤل بنيامين كاروزو بقوله « **أن تدرج هذه القيم يختلف من مجتمع إلى آخر وفقا لسلم تدرج القيم الخاص بكل مجتمع** » [١] .

ويرى فرانسوا ميشو [٢] أن هذا الفيلسوف قد وضع القيم الأخلاقيه على رأس القيم ، تليها القيم الإقتصاديه ثم القيم الجماليه .

فالقانون كما يقول هذا الفيلسوف يجب عليه أن يجرى مقارنات بين المتناقضات ، بين السكون والحركة ، بين الثابت والمتغير ، بين الاستقرار والتقــدم ، بين الفرد والمجموعه ، بين المجموعه والإتحاد ، بين الحريه والإجبار [٣] .

---

(١) Levy , Berl Harold . op. cit p. 78 - 80 .

(٢) فرانسوا ميشو - " مدرسة الفقه الإجتماعى الزمريكى والواقعية الأمريكية " رسالة دكتوراه - باريس ١٠ - ١٩٨٤ - ١٩٨٥ - ص ٢٨٧ .

(٣) CARDOZO " the Paradoxes of legal science " New ork , columbia Universit Press . 1928 . P. 6 .

ففى شريعة الـ Common Law ظهر مبدأ الأحكام النموذجيه فى نهايه القرن التاسع عشر وبدايه القرن العشرين كعنصر أساسى يقبله فقهاء القانون فى أمريكا،فأى نظام قانونى قائم كما يقول هذا الفقيه [(١)] لا يمكن أن يشير إلى ما يحدث من تطور مستقبلا ، ومع ذلك فإنه لا يقصد هجر القاعدة السابقه بصفه مطلقه من أجل التطور ، فالتماسك يجب أن يكون هو القاعده وليس الإستثناء .

ومن ثم فإن الإلتجاء إلى هذا الإستثناء يكون عند تغير الظروف وانعكاسها على القيم التى تتولد عن المجتمع [(٢)] .

إذا فإن غايات القانون لدى كاردوزو تتمثل فى تحقيق أكبر قدر من الخير الإجتماعى وذلك من خلال تحقيق القيم الأخلاقيه ، والسياسه ، والإقتصاديه ، والجماليه لأفراد المجتمع ، مع مراعاة التغير المستمر لهذه القيم .

---

(١) B. CARDOZO " The nature of the judicial process " op . cit . P. 20 .

إذ يقول :

" No system of living law can be envolved by such a process "

المبحث الثانى

المنهج القانونى لدى كاردوزو

أن المنهج القانونى لديه يتفق إلى حد كبير مع منهج بوندى ، حيث نجد أنه يتأرجح أيضا بين الأخذ بمذهب الشكلية القانونيه ، والغائبة فى تفسير وتطبيق القانون، حيث يرى هؤلاء أن القاضى يقوم بتطبيق القواعد القانونيه التى يضعها المشرع فى كل حاله تعرض عليه مع تطويرها لمواجهة الظروف المتغيره .

- وعلى الرغم من إتفاقهم حول طريقه تفسير القانون ، فإنهما يبدآن من فرضيه واحده هى أهمية الوقائع ، حيث يرى كلا منهما أن القانون يتولد من الوقائع ، ومن ثم يطلقون عليه القانون الحى (Le droit vivant) .

ويكمن الأساس الذى يبنى عليه كاردوزو هذه الفرضة فى المبدأ الذى ينادى بفصل مسؤلية الواجبات التشريعيه التى نيط بها المشرع . إذ يرى آن الشكلية القانونيه تجعل من القاضى ذلك الشخص الذى يجب عليه أن يدافع عن القانون القائم ، بصرف النظر عن عدله أو ظلمه . وهذا لا يعد هدفا للقانون ، إذ أن هدفه يرتكز فى المقام الأول على تحقيق ما يجب أن يكون عليه المجتمع، ولذلك يجب عليه أن يضع نصب أعينه الإعتبارات الأخلاقيه السائده فى المجتمع (١) .

---

(1) B , N . Cardizo " The Nature of the judicail process " New Havan and London , Yale University Press , 1921 . P . 66 .

– ويقصد من ذلك أنه لا يجب أن نوضع مفهوما عاما للتفسير يعمل القاضى من خلاله فكره عن الحق والعدل ، وإنما يجب أن نحضه على الرجوع إلى الحكم العدل الذى يصدر من شخص متوسط الذكاء ويتصف بالعفه والنزاهه ، ويسترشد به فى توضيحه للأعراف ومعايير السلوك التى يتبناها الفقه ، وتتلائم فى نفس الوقت وأخلاق العصر (١) .

– فالحكم العدل الذى تدعيه المنفعه الإجتماعية بإعتبارها غاية القانون ، لا يمكن أن يكون عادلا بصفه مطلقه من الناحيه الأخلاقيه ، إذ أن القانون لا يدعى لنفسه القدرة على تحقيق عدالة الرسل والأنبياء ، ولذلك فإن القانون يجب عليه أن يحقق العداله التى تحترم من قبل المجتمع .

فالقاضى لا يمكنه أن يحكم فى النزاع المعروض عليه إلا بـ عمل بعض التعديلات البطيئه – بعكس المشرع الذى يمكنه أن يحدث تغيرات سريعه وعلى نطاق واسع – حتى ولو كان يحكم على وقائع ماضيه ، بل

---

(١) B. Cardozo " The parodox of legal scencess op. cit . p. 122 - 123 .

إذيرى أنه حتى الدستور يجب أن يفسر بالنظر الي ظروف المجتمع والزمن ، إذ يقول :

" We speal vaguely of life, liberty , and the pursuit of property and happinbess , but these moving terms have no meaning save as interpreted in terms of particular men and times ."

حتى ولو رجع إلى القانون الطبيعي ، إذ أن الرجوع إليهما يضفي على حكمه بعض التنبؤات .

فهو يرى أن المشرع يضع المبادىء الكبرى تاركا للقاضي حق تفسيرها وتقييم تطبيقها بالرجوع إلى القانون الطبيعي ، أي بالرجوع إلى متطلبات الحياه الإجتماعيه في المجتمع .

- وهذا المنهج يتأكد من خلال الحكم الصادر من محكمة إستئناف نيويورك والذى يتعلق بمدى إمكانيه رجوع المضرور على المنتج بالتعويض بناءا على الإهمال حيث أنه قد صاغ أسانيده للحكم ببراعه فائقه تعبر عن غاية القانون ومنهجه ، إذ يقول « **إن المصلحة الإجتماعية تدعونا للخروج عن التقاليد الموروثه إلى مفاهيم وقيم جديده تتناسب والتحرك الإجتماعى والتطور الإقتصادى ، ولا يجب النظر إلى السابقه القضائيه كحل نهائى مسلم به ، إذ هى مجرد إقتراحات تهيء الوصول إلى أفضل الحلول بالنظر إلى الوقائع المطروحه ، وأضاف كاردوزو أن السياره بطبيعتها مما تتوافر لها مواصفات الآداه الخطره ، ولا محل لقياس هذه الحاله على العربه التى تجرها الجياد** » . وجاء بمسوغات الحكم « أن مصلحة المجتمع تحكم مسئولية المنتج عما تحدثه منتجاته من أضرار ولو لم تكن هناك رابطة عقدية مباشرة تربطه بالمضرور»[١] .

---

(١) تتحصل وقائع هذه القضية فى أن شركة بويك لصناعة السيارات قد تعاقدت مع شركة أخرى لتزويدها بالإطارات اللازمة مع اشتراط مواصفات ═══

وهنا نلاحظ إن كاردوزو قد رفض ما ذهب إليه بلاكستون من حيث المنهج القضائى ، حيث يرى هذا الأخير أن دور القاضى يقتصر على الكشف عن القواعد والمبادىء الثابته التى يتكون منها القانون ، ومن ثم لايشارك فى صنع القانون الذى يكون وجوده سابقاً على وجود الحكم القضائى . كما أنه لايتفق من جهة أخرى مع ماتدعيه الواقعيه القانونيه من أن القانون بأسره من صنع القاضى وأن التشريع والعرف والسابقه القضائيه ماهى إلا مصادر للقانون فحسب ، ومن ثم لاتصبح قانونا إلا بعد أن تتبناها المحاكم وتتحدد معناها فى حكم قضائى (١) .

خاصة لها ، وقامت شركة بويك بتركيب الإطارات دون اختبارها أو معرفة مدى صلاحيتها ، وبينما كان المدعو Pherson يقود سيارته بسرعة ٨/ميل فى الساعة إنفجر الإطار الأمامي وتحطمت السيارة وأصيب بإصابات مختلفة . وطالب المضرور شركة بويك بالتعويض بعد أن أثبت وجود عيب فنى فى صناعة الإطار ، فقضت له محكمة أول درجة بالتعويض استناداً الى الإهمال - وأيدت محكمة استئناف نيويورك هذا الحكم ، إذ جاء به :

" It was in the best interest of society for a monufacturer to be liable to the ultimate buyer of goods , even if the manufacturer and the buer did not have a direct contractual relationship " . Mac Pherson v. Buick motor Company . 217. N.Y. 282. IIINe. 1050, 1916 .

(١) د./ سعيد الصادق - المرجع السابق - ص ١٤٢ ، ص ١٤٣ .

- وبالنظر إلى منهجه القضائى سنلاحظ أنه يتفق إلى حد كبير مع جون ديوى الذى يقرر الآتى : « أن اتباع القياس الشكلى عند تطبيق القانون يؤدى إلى الإغتراب عن الواقع الفعلى . ويرى أن وقوف رجال القانون بلاحول ولاقوه أمام المقدمات الكبرى يعوق التقدم القانونى . فالقواعد القانونيه لاتنشأ إلا من المواقف التفصيليه ، وعلى ذلك فلابد من المراقبه الدائمه لهذه القواعد (١) .

---

(١) JOHN - DEWY " Logical nathod and Law " 10 cornel Law quarterly , 1927 . P. 17 .

B. CARDOZO " The nature of the judicial process " . op. cit . P. 17 .

إذ يرى أن القاضى يجب عليه أن يفسر القانون (بما فى ذلك الدستور) بما يتفق مع ظروف المجتمع ، وأن يضع نفسه موضع المشرع ويكمل مافيه من ثغرات ، متبعاً نفس التطور . ونفس المنهج الذى يستخدم فى إعداد العرف . حيث يقول :

" The great generalities of the constitution have a content and a significance that vary from age to age . the method of free decisiun sees through the transitor particulars and reaches what is permaent behind them . Interpretation , thus enlarged becomes more than the ascertainment of te meaning and intent of law - makers showes collective ====

– بإختصار فإن هذا الفقيه قد جعل للقانون غايات معينه يجب عليه تحقيقها ، وهذه الغايات تنحصر فى تحقيق أكبر قدر من المنفعه الإجتماعيه سواء تمثلت هذه المنفعه فى القيم الأخلاقيه أو الإقتصاديه أو السياسيه أو الجماليه . فالقوانين الوضعيه إنما تجسم القيم الإجتماعيه أو على الأقل تجسم تصوراً ما للقيم الإجتماعيه وهى تجسمه فى صورة التزامات تفرض ومكنات إقتضاء يصرح بها وإجراءات يتعين إتباعها . وتتجمع هذه الإلتزامات ومكنات الإقتضاء والإجراءات فى نظم قانونيه يتألف من مجموعها النظام القانونى للدولة فى وقت معين من الأوقات . وهذه النظم ليست جامده بحال من الإحوال ، بل هى قابله للتغيير والتعديل بل وللإلغاء أيضا تبعا للتطور الذى يطرأ على التطورات الإجتماعيه للقيم عبر التاريخ (١) .

ومن ناحية المنهج ، نلاحظ أن هذا الفقيه قد جمع بين المذهب الشكلى ، والمذهب الغائى فى تفسير وتطبيق القانون . حيث يرى أن عمل

=====

will has been declared . it supplements the declaration , and fills the vacant speces , b the same processes and methods that have built up te customar law ." .

(١) د./ نعيم عطيه – القانون والقيم الإجتماعيه – دراسة فى فلسفة القانون – المكتبة الثقافية – سنة ١٩٧١ – ص ١١٦ .

القاضى يبدأ بإجراء مقارنه بين القضيه المعروضه عليه والقضايا السابقه ، فإذا تبين أن القضيه السابقه قد فصلت فى النزاع المعروض عليه على نحو عادل ، فإنه لن يحتاج إلى أكثر من عمليه المقارنه أو البحث . أما إذا تبين له أن الأحكام السابقه لم تحسم النزاع المعروض أو أن هناك ظروفا توجب عليه الخروج على ما سبق أن أنتهت إليه تلك الأحكام السابقه ، فإنه يصبح من واجبه أن يصوغ القاعده التى ستكون بمثابة القانون فى النزاع بين الأطراف الماثلين أمامه ، والتى سوف تصبح بدورها أساسا للقضايا المماثله فى المستقبل [1] .

---

(1) د./ سعيد الصادق - المرجع السابق - ص ١٤٦

الفصل الرابع

فرانكفورتير والحرية القانونية

أن مهنه الفرد قد تؤثر عليه فى كتاباته تأثيرا كبيرا ، لدرجه أنه حينما يتناول موضوعاً ما من الموضوعات ، فإنه يتصدى بالدرجة الأولى لمضمون عمله ، مثلما تأثر هذا الفقيه بعمله كقاضى دستورى ، إذ أنه بتناوله لموضوع القانون قد أشار إلى نوعين من الإعتبارات :-

الأولى : الإعتبارات الخاصه بالقانون على وجه العموم .

الثانيه : الإعتبارات المتعلقه بالجوانب الخاصه بالقانون الدستورى على وجه الخصوص ولذلك سوف أعرض لفكره القانونى ، ثم منهجه القضائى بإعتباره من ممثلى الفقه الإجتماعى الأمريكى وذلك من خلال المبحثين الآتيين : -

المبحث الأول

فرانكفورتير ومضمون القانون

فيما يتعلق بالقانون على وجه العموم ، فقد رأى فرانكفورتير إنه يقوم على فكرتين أساسيتين هما : - أن القانون يعتبر وسيله لحل المنازعات ، وأن القانون يجب أن يتطور .

- ففى المقام الأول يعد القانون فى نظره (١) نتيجه لمشروع خاص بحل المنازعات ، حيث يقول « **إن دور المحاكم يرتكز من حيث جوهره فى تنظيم المنازعات الإنسانيه ، والتحكيم بين الرغبات الإنسانيه محل المنازعات** » .

وفى ترتيبه للمصالح التى يجب أن يراعيها ويعمل على تحقيقها القانون ، يرى (٢) أنه يجب أن تكون هناك مصلحه أو منفعه عليا تتغلب على المنافع الأخرى ، مع الأخذ فى الإعتبار ولو بصفه إستثنائيه لهذه

---

(1) KURLAND (PHILIP) - " Felix Frankfurter on the supreme court , Extrajudicail . Essays on the court and the constitution " Cambridge , the Belknap Press of Harvard University Press , 1970 . P. 234 .

(٢) فيليب كورلاند - المرجع السابق - ص ٥٠٨ تحت العنوان التالى :
" The judicial process and the supreme court "

حيث يقول « إذا كان حل المنازعة يبدوا من الصعوبة بمكان ، فإن دور المحكمة ينصب على محاولة الوصول الى التوفيق بين إدعاءات الأطراف في المنازعة محل التحكيم » .

" If the conflict cannot be resolved , the task of the court is to arrive at an accommodation of the conflicting claims "

المصالح،ويرى أن الإختيار من بين هذه المصالح يعتبر مسألة واقع يجب أن يترك أمرها للقاضى عند الفصل فى المنازعه المعروضه عليه .

– وهنا نلاحظ أن غاية القانون عند هذا الفقيه ترتكز على تحقيق القيم والمصالح التى ينشدها المجتمع سواء كانت هذه المصالح لحماية الفرد فى ذاته ، أم لحماية المجموعة الإجتماعية أم لحماية الدولة كوحده سياسيه دون النظر للمصلحه من حيث قوتها وأهميتها ، أو من حيث عدد الأفراد الذين سيستفيدون منها .

المبحث الثانى

المنهج القانونى عند فرانكفورتير

إن منهجه القضائى يكمن فى التعقيب عن الحل العادل والمنطقى من قبل القاضى مع أخذه فى الإعتبار للحاله المنظوره أمامه ، ومراعاة النتائج التى يمكن أن يحدثها حكمه فى المستقبل ، وأن يبرهن بإجتهاده للأهداف التى إستقرت فى المجتمع ، فإذا تغيرت الوقائع ، فلا يجب على القانون أن يظل ساكنا بلا حراك ، إذ يتمركز دوره الأساسى فى حل المنازعات بين المصالح القائمه . فتغير الحالات الواقعيه يثير عملية التصدى لإظهار الرغبات الجديده للمجتمع ، ومن ثم يؤدى إلى تغير بعض المنافع القائمه . ومن هنا فإن بعض الحلول الجديده ستفرض نفسها بالضروره ، وهذا ما يمكن أن يؤدى إلى إثارة المشكله المتعلقه بأساس النظام القانونى نفسه .

فالقانون يتصف بالوقتيه . وذلك بتغيره مع مرور الزمن ، آية ذلك أن المبادىء القانونيه تولد ، ثم تموت ، إذ يقول: [1] [**فى الحقيقة ، إن**

---

(١) نقيب كارلوند - المرجع السابق - ص ٢٣٤ تحت عنوان :
" The Zeitgeist and the Judiciary " - op. cit P. 4 .

إذ يقول :
" In truth , what are deemed immutable principles once , themselves , grew out of living conditions ".

المبادىء التى ينظر إليها بإعتبارها مستقره تتولد هى نفسها فى اليوم التى تتوافر فيه معطيات وجودها ، ثم يحدث تحول أو تغير جديد لها ينتج من الوقائع] .

وإذا نظرنا إلى هذا القول سنجد إنه يتفق مع ما أقره ريبير [١] ، حيث يقول [**إن النظام القانونى الذى يفرضه التطور التكنولوجى اليوم ، يبتعد من القانون الكلاسيكى وأن هذا النظام نفسه غدا سيتغير بواسطة تطور أو تقدم جديد]** .

فالقانون يتضمن لبعض القواعد التى يتحدد معناها بوضوح ، ومن ثم يتحدد مجال تطبيقها .

ويتضمن على الجانب الآخر لبعض العناصر التى لا تحتوى على ميكانيكيه معينه لتحديد معناها ، وهذه الأخيره تفسر وفقا لإحتياجات العصر [٢] ، وهناك بعض القواعد الدستوريه التى تدخل فى حظيره هذا النوع الأخير من القواعد التى تقبل التفسير وفقا لتغير الزمن .

---

(١) G·RIPERT " Les forces creatrices du droit " - (LG.D.J) , 1955 . N° 11 .

(٢) فليب كارلوند - المرجع السابق - ص ٥٤٧ تحت عنوان :
" Justice Marshall and the judicial Function "

إذ يقـول : [**أنه من غيـر المعقـول أن يضع الدسـتـور نموذجا محدداً ، على الرغم أن المعتقدات الإجتماعيه لفتره زمنيه ، تعتبر هى عموميات المستقبل**] .

فالدستور يجب أن يتوافق مع معتقدات المجتمع ، وظروفه وذلك لأن فعاليته ترتبط الى حد كبير بتوافقه معها . بإعتبار الدستور آداة لخدمة الحياة (١) .

ولهذا فإن القاضى لكى يقوم بمهمته على أكمل وجه يجب أن يقرأ الحياه (liee vie) وأن يكون لديه قدر كبير من الثقافه تمكنه من فهم المشاكل السياسيه والإقتصاديه لعصره ، بل يجب عليه أيضا أن يقرأ للفلسفات والثقافات المختلفه لكل عصر من العصور .

فدور القاضى يحدد بالظروف التى يمارس عمله فى ظلها ، ولهذا

---

(١) فيليب كارلوند - المرجع السابق - ص ٢٦٤ تحت عنوان :

fFrankifurter , Mr. justice Brandies and the constitution "

حيث يقول :

" A ready and delicate sense of the need for alteration is perhaps the most precious talent required of the Supreme Court . Upon it depends the vitalit of the constituion as a vehicle for life " .

فإنه لكى يتصرف ويحكم فيما يعرض عليه من منازعات ، فإنه يجب أن يدرك جيدا ما يستجد فى المجتمع ، وأن يتبع فى حكمه للمتطلبات التى تم تشكيلها فى المجتمع ، وأن يعرض للوقائع ويعد للبراهين الذى يبنى عليها حكمه ، واضعا نصب عينيه للأدلة التى تغيرت .

بل أن هذا الفقيه يبتعد بالقاضى فى منهجه إلى أبعد من ذلك إذ يقرر [**أنه إذا كانت النصوص الدستوريه التى يقوم بتفسيرها غامضه ، أو إذا كان القاضى قد أضفى على القانون معنى واسع أو معنى ضيق عند حكمه على دستورية القانون ، فإنه يعتبر نفسه فى هذه الحالة مشرعاً وسنده فى ذلك أن القانون يخضع للتغير ، وبالتالى فإن الرقابة على دستوريته ستتغير ، بإعتبار أن القانون آداة ينتجها العقل ومن هنا فإنه يصل إلى نتيجه مؤداها ، أن القاضى الدستورى يجب أن يكون حديثا بإعتباره رجل قانون ودوله فى آن واحد**] .

– فهذا الفقيه يجمع بين الشكليه فى تفسير وتطبيق القانون ، وبين الغائيه ، ولكنه قد جنح كثيرا إلى المذهب الغائى فى تفسير القانون وذلك بإضفائه على القاضى الصفه التى تجعل منه مشرعا ، وهذا ما يعد من وجهة نظرنا ترديداً لفكر شيشرون [١] فى تفسير وتطبيق القانون [إذ

---

(١) د./ محمود السقا – شيشرون – مجلة العلوم القانونية والإقتصادية – جامعة عين شمس سنة ١٩٧٦ . ص ٧٩ .

أنه يغلب دور الإراده على الشكل حيث يرى أن البحث عن المصالح والمنافع التى يبتغى المشرع تحقيقها لا يتم بطريقه عفويه ، وإنما على القاضى أن يسير غور النصوص ويستعرضها مع ظروف التطور وأسبابه فى أروقة المجتمع ، مفترضاً دائما كما لو كان المشرع موجودا فى نفس ظروف العصر وأحداثه] .

- فهذا الفقيه يعتبر ، حلقة الوصول بين الفقه الإجتماعى والواقعيه الأمريكيه ، التى تطلق للقاضى العنان فى تفسير وتطبيق القانون ، إذ أنها تقوم على أساس أن القانون بأسره من صنع القاضى ، وأن التشريع والعرف والسابقه القضائيه ما هى الإمصادر للقانون فحسب ، ومن ثم لا تصبح قانوناً إلا بعد أن تتبناها المحاكم وتحدد معناها فى حكم قضائى .

خاتمــة البحــث

أن مدرسة الفقه الإجتماعى الأمريكى تعتبر أول نظريه فلسفيه قانونيه ، فى المجتمع الأمريكى ، قد أسسها العميد ، روسكوباوند ، ودافع عنها مؤيديه ممن سبق التعرض لهم سابقا .

وإننا اذا كنا قد تناولنا هذه المدرسه من ناحيتين أساسيتين هما : غاية القانون ومنهجه ، فإننا لنا ملاحظات على فكر هذه المدرسه من الزاويتين السابقتين ، نعرض لها على النحو التالى : -

أولا : من الناحيه الموضوعيه (غاية القانون) :

أن البراجماتيه كنظريه فلسفيه لم تكن من إبتداع أنصارها ، اذ أنهم لم يأتوا فيها بجديد ، فهى اسم لمنهج قديم تمتد جذوره عبر التاريخ السحيق ، فقد كان سقراط خبير به ، وذلك لأنه كان ينظر إلى القانون بإعتباره وسيله لتحقيق الغايات والقيم الإجتماعيه التى تتفق وطبيعه الأشياء [1] وجاء من بعده أرسطو مستخدما لهذا الفكر بصوره منهجيه ، إذ نجد أنه قد أعتبر الطبيعة من المصادر الأساسية للقانون تعمل جنبا إلى جنب بجوار القانون الوضعى ، حيث رأى أن الطبيعه توضح للقيم والأهداف الإجتماعيه التى يجب أن يعمل المشرع على تحقيقها .

---

(1) JEAN - MARK - TRIGEUD " Humanisme de la liberté et philosophie de la justice " Tomme .2 P. 356 .

- وبالرجوع إلى الفكر الإسلامى سنجد أنه قد أتى بما هو أفضل منها ، حيث نجد أن الشريعة الإسلاميه قد جعلت الغاية من القانون تتمركز فى تحقيق مصالح معينة هى المصالح الضروريه (الحفاظ على الدين - والنفس ، والعقل ، والنسل ، والمال) والمصالح الحاجيه ، والمصالح التحسينيه ، وإذا حدث تعارض بينهما تقدم الضروريه على الحاجيه والحاجيه على التحسينيه ، وذلك على العكس من الفقه الإجتماعى الذى لم يضع معيارا محددا للترجيح بين المصالح (١) ، بل إقتصر على حصر غايه القانون فى إشباع المطالب والرغبات التى ينشد الفرد أو مجموعة من الأفراد إلى إشباعها والتى يكون على الهندسه الإجتماعيه أن تدخلها فى حسابها وتقديرها .

بالإضافة إلى ذلك سنجد أن الفكر الإسلامى عندما قام بتقسيم المصالح فإنه قد نظر إلى قوة المصلحة وأهميتها ، وعدد الأفراد الذين يستفيدون منها ، فجاء فكرهم سديداً وذلك لإعتمادهم على التجربة والعقل والفكر أما الفكر الإجتماعى فقد نظر إلى المصلحه بالنظر إلى الغايه المنشوده منها ، وما إذا كانت هى حماية الفرد ذاته أم المجموعة الإجتماعيه أم الدوله كوحدة سياسيه وذلك إعتماداً على التجربة والدراسة

---

(١) أبي حامد الغزالى - المستصفى - الجزء الأول - ص ٢٩٧ ، ٢٩٨ .

والحياه ذاتها فجاء فكرهم كسيحاً من حيث وسيلة الترجيح بين المصالح .

ثانياً : من الناحية المنهجيه :

إذا نظرنا إلى المفاهيم المتبعه فى تفسير وتطبيق القانون سنلاحظ أنها تدور بين المناهج الشكليه (التى تعترف بالقانون كمصدر وحيد للقانون ، ومن ثم تقتصر نطاق تفسيره على المعالجه الشكليه واللفظيه لنصوص القانون ، وبالإستنباط المنطقى الشكلى للأحكام التفصيليه من أصولها العامه ، وعند ذلك تصبح كل من دلالة النص والقياس المنطقى بمثابة الوسيلتين الأساسيتين اللتين يستعين بهما رجل القانون لتطبيق القانون على الواقع الفعلى) ، وبين المناهج الغائيه (النظريات الموضوعيه والمثاليه فى تفسير القانون وتطبيقه والتى ، تتمتع بقدر من المرونه فى التفسير ، حيث تترك منطقة واسعه يتحرك القاضى فى نطاقها مبتدعاً للحلول التى تتلائم مع المتغيرات الإجتماعيه) [١] .

– وإذا ولينا تجاه مدرسه الفقه الإجتماعى سنجد أنها قد جمعت بين المنهجين فى تفسير وتطبيق القانون ، وذلك من خلال التأكيد على النسبية البرجماتيه والتمسك بالمثل العليا الأخلاقيه ، وبين المطالبة بتطوير

---

(١) د./ محمد جمال عطيه عبد المقصود – الشكليه القانونية – دراسة مقارنه بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الإسلامية – رسالة دكتوراه – جامعة الزقازيق – سنة ١٩٩٣ – ص ١٥ .

المبادئ والقواعد القانونيه وفقا للمتغيرات الإجتماعيه ، والمناداة بضرورة المحافظه على إطار من الإستقرار العام فى الأحكام القانونيه الأساسيه، فهى تؤمن بوجود القانون الوضعى كأداه لتنظيم القيم الإجتماعيه ، وفى ذات الوقت تعترف بإمكانية الخروج عليه إذا ثبت عدم جدارته أو تخلفه عن ملاحقه الظروف الإجتماعيه المتغيره ومن ثم لا تنكر الدور الخلاق للقاضى .

- وإذا نظرنا إلى منهج الشريعة الإسلاميه فى تفسير وتطبيق القانون سنجد أنها قد وضعت منهجا لم يأتى به الفكر الوضعى حتى وقتنا هذا ، إذ أن الشريعة الإسلاميه تحصر مصادر القانون فى الكتاب والسنة وإجماع الآراء ، وتحيل القاضى إلى الإجتهاد إذا لم تسعفه المصادر السابقه فى حل النزاع المثار أمامه ، بالإستعانه بالوسائل الشرعيه المختلفه التى تيسر له أمر الإجتهاد ، مثل القياس ، والاستصحاب ، والإستعجاب والمصالح المرسله ، وعرف من قبلنا ... الخ [١] ، فالفقه الإسلامى لا يجعل من المجتهد لسانا ينطق بقاعده موجوده ، بل يجعل منه عقلا يخلق قاعده جديده عند الحاجه ، جامعاً بالتعبير الحديث صفتى القاضى والمشرع .

---

(١) أنظر في تفصيل ذلك ، المحاضرات التى ألقاها المرحوم الأستاذ / عبد الوهاب خلاف على طلبه قسم الدراسات القانونية بمعهد الدراسات العربية العالميه « مصادر التشريع الإسلامى فيما لانص فيه » ، ص ٧ .

- **ختـاما** نقول أن مدرسه الفقه الإجتماعي الأمريكي ما هي إلا بلوره جديده للفكر الإسلامي وذلك من ناحيه غاية القانون ومنهجه مع إختلاف المصطلحات المستعمله في العصر الحديث .

تم بحمد الله وتوفيقه ،،،

مراجـــع البحـــث

باللغـــة العربيـــة :-

١ - **أبى حامد الغزالى** - المستصفى - الطبعه الأولى - المطبعه الأميريه - سنه ١٣٢٢ هـ .

٢ - د / **سعيد الصادق** - المنهج القانونى فى الولايات المتحدة الأمريكيـه وجمهوريـة مصر العربيه ، دار النهضه العربيه ، سنه ١٩٧٧ .

٣ - د / **سليمان مرقس** - محاضرات فى فلسفة القانون - جامعه عين شمس كليه الحقوق سنه ١٩٧١ لدينا نسخه .

٤ - د / **شفيق شحاته** - تاريخ القانون المصرى - المطبعه العالميه ١٦ ، ١٧ شارع ضريح سعد زغلول ، القاهره - سنه ١٩٦٠ .

٥ - **صادق ابراهيم عوده** - الدستور الأمريكى - أفكاره ومثله - تأليف مورتمرج أولر - مركز الكتاب الأردنى سنه ١٩٨٩ .

٦ - د / **عباس مبروك الغزيرى** - دور القضاء فى التوفيق بين الواقع والقانون - دراسة فى فلسفة القانون » - رسالة

دكتوراه – كليه الحقوق – جامعة عين شمس ، سنه ١٩٩٦

٧ – **الشيخ / عبد الوهاب خلاف** – مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه – معهد الدراسات العربية – دار الكتاب العربى سنة ١٩٥٥ .

٨ – **الأستاذ / على بدرى** – أبحاث التاريخ العام للقانون – الجزء الأول – تاريخ الشرائع الطبعه الثالثه – مطبعة مصر سنه ١٩٤٧ .

٩ – **د / فايز محمد حسين** – الوضعية القانونية التحليلية الجديدة – رسالة دكتوراه – القاهرة – سنه ١٩٩٦ .

١٠ – **د / محمد نور فرحات** – الفكر القانونى والواقع الإجتماعى – دار الثقافه للطباعه والنشر – القاهرة ، سنه ١٩٨١ .

١١ – **د / محمد جمال عطيه عبد المقصود** – الشكلية القانونية – دراسه مقارنة بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الإسلامية – رسالة دكتوراه – جامعة الزقازيق سنه ١٩٩٣ .

١٢ – **د / مصطفى عبد الحميد عدوى** – الإخلال المدنى – المسؤليه التقصيريه فى القانون الأمريكى – مطبعة حماده الحديثه بقويسنا سنه ١٩٩٤ .

١٣ – د / محمود السقا – شيشرون – مجلة العلوم القانونيه والإقتصادية – جامعه عين شمس – سنه ١٩٧٦ .

١٤ – د / نعيم عطية – القانون والقيم الإجتماعيه – دراسة فى فلسفة – القانون – المكتبه الثقافية سنه ١٩٧١ .

المراجع الأجنبية : –

1 - ACHESON (D) : " working withe BRANDEIS " in aron wildowsky and Nelon w . P. Polsby " American covenmental institudtions " CHICAGO - RAND MONALLY Co., 1968 .

2 - BENTHAM (J) : " The theory of legislation " . R.HILDRTH - EDITOR 1876- Ropert in HALL .

3 - BERNARD (EDELMAN) " Theorie et pratique juridique " A.P.D.. T.33 .

4 - CARTY (A) : " L'impact de DWORKIN

sur la philosophie du droit anglo-amerciane " Dalloz. 1986.

5 - CARDAZO (B) - " The paradoxes of legal science " .

New York - Columbia - University . Press . 1928 .

- " The nature of the judicial process " .Yall University Press 1921 .

6 - DEWY (J) : " Logical method and Law " 10 Coronel law quarterly . 1927.

7 - ELIF (H) : " La formation du Rcicalisme philosphique " Vol., et 2 .

8 - JEAN. Louis (B) : " Theorie general du droit " Paris , Dalloz, 1985 .

9 - KURLAND (P) " Felixfrankfurter on the supreme court. Essays on the court. and the constitution Harv. Univer-

sity Press , 1970 .

10 - MICHAUT (F) : " " L'école de la sociological jurispeudence et le mouvement réaliste americain ".Thése d'Etat , Paris10. NANTERRE. 1985.

11 - POUND (R) : - Comparative lawand hostory as bases for chinse law " 61. HARV. L. Rev - 1948 .

- " The theory of judicial decision " in HARV law Rev. Vol . 36 . 1923 .

- " Justice according to law " NEY.HAVAN YALE . University Press , 1951 .

12 - RIPERT (G) " les forces creatrices du droit " (L.G. D.J.), 1955 .

13 - RADIN " Anglo - American legal history " . ST. PAUL MINN,WEST . Publishing Co.,1936 .

14 - SAMUEL (D.W) ET.BRANDEIS (The right ot privacy " 1890 . in RAY. D . HENSON LADMARKs of law , Highlights of legal opinion , NEW - York Harper and Brothers Publishers , 1960 .

15 - STON (J) " Human law and human Justice " STANFORD University press , 1965 .

16 - TRIGEAUD (J.M.) " Humanisme de la liberté et philosophie de la justice " T.1 . BORDEAUX.Ed. Biére . 1985 .